



## **Stellungnahme der Bundesingenieurkammer zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Stand: 03.03.2008)**

Die Bundesingenieurkammer und die 16 Ingenieurkammern der Länder begrüßen den in dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts ausgedrückten Willen, das Vergaberecht zu vereinfachen und eine Reform im bestehenden Rechtssystem durchzuführen. Hierzu gehört für die von der Bundesingenieurkammer und die in ihren Länderkammern zusammengeschlossenen freiberuflich tätigen Ingenieurinnen und Ingenieure vor allem auch der rechtssystematische Fortbestand der im Beschluss der Bundesregierung vom 28.06.2006 in dessen Ziffer 5 genannten Vergabeordnungen – insbesondere die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Nachdem wir bereits in früheren Stellungnahmen auf die Notwendigkeit dieses Erhalts hingewiesen haben, wird das in der Begründung des vorgelegten Gesetzentwurfes beschriebene, konsequente Festhalten an dem bestehenden System der Vergabeordnungen (VOL und VOF) bzw. der Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) ausdrücklich unterstützt. Die Bundesingenieurkammer wird für die weitere Vereinfachung der VOF zu einem späteren Zeitpunkt eigene Vorschläge unterbreiten.

Im Interesse einer wettbewerbs-, investitions- und mittelstandsfreundlichen Ausgestaltung des Reformprozesses werden die Einordnung des Vergaberechts in das Wettbewerbs- und Haushaltsrecht sowie die Beibehaltung des bisherigen Primärrechtsschutzes ausschließlich oberhalb der EU-Auftragswerte für sachgerecht, und in Anbetracht der beschlossenen Eins-zu-Eins-Umsetzung der Vorgaben des EU-Vergaberechts auch für ausreichend erachtet.

Zu den im Gesetzentwurf enthaltenen Änderungen am Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) nehmen wir im Einzelnen wie folgt Stellung:

### **§ 97 GWB**

Eine Verstärkung der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB wird grundsätzlich begrüßt. Allerdings ist deren Ausgestaltung in Form eines klar definierten Regel-Ausnahmeverhältnisses durch den nachfolgenden Satz 2 nicht hinreichend sichergestellt. Insbesondere wird durch die Möglichkeit der gemeinsamen Vergabe von Teil- und Fachlosen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen dieser Grundsatz erheblich eingeschränkt. Da sich wirtschaftliche Gründe zur Begründung einer gemein-

samen Vergabe stets finden lassen, sind aus unserer Sicht die Worte „wirtschaftlich oder“ zu streichen.

Darüber hinaus haben wir bereits in unserer Stellungnahme vom 15.04.2005 im Interesse der Förderung von mittelständischen Interessen aber auch im Interesse der Bauqualität und der Wirtschaftlichkeit vorgeschlagen, die Vergabe von Planungs- und Ausführungsleistungen grundsätzlich zu trennen. Aus diesem Grunde sollte nach unserer Auffassung daher auch in § 99 Abs. 3 GWB die Formulierung „oder die gleichzeitige Planung und Ausführung“ gestrichen werden, um diesem Grundsatz stärker Rechnung zu tragen.

Die in § 97 Abs. 4 GWB vorgesehene Aufnahme zusätzlicher Anforderungen bei der Vergabe – insbesondere umweltbezogener und innovativer Aspekte spielen für die Planungsleistungen von Ingenieuren eine bedeutende Rolle. Grundsätzlich besteht hierbei die Möglichkeit, innovative Neuerungen oder die Beachtung von Lebenszykluskosten und Energieeffizienz zu fördern, was sonst oft nur in Form von zugelassenen Nebenangeboten möglich war. Andererseits können durch die Beschreibung der Leistung als Zielvorstellung (z. B. "aus erneuerbaren Energiequellen") durch den Auftraggeber jedoch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren vorgegeben werden. Dies birgt grundsätzlich die Gefahr einer Verlagerung des Ausführungsrisikos durch Funktionale Leistungsbeschreibungen auf den Auftragnehmer, da der Bieter für die darin genannten "Ziele" den vertraglichen Erfolg gewährleistet. Im Interesse eines transparenten Vergabeverfahrens müssen in diesem Zusammenhang daher konkrete Kriterien an die Bewertung der Wirtschaftlichkeit geknüpft werden anhand derer sich die Nachhaltigkeit des Bauvorhabens trotz zunächst evtl. höherer Anschaffungskosten wirtschaftlich eindeutig bewerten lässt.

Umweltbezogene und innovative Kriterien stehen mit einem Bauvorhaben in einem sachlich näheren Zusammenhang als die ebenfalls in § 97 Abs. 4 genannten sozialen Aspekte. Diese sind grundsätzlich geeignet, die Anzahl der Teilnehmer und damit den Wettbewerb einzuschränken und sollten daher – wenn überhaupt – nur in bestimmten Ausnahmefällen vorgegeben werden.

## **§ 107 GWB**

§ 107 GWB erweitert die derzeitige Rügeobliegenheit für erkannte Verstöße in der Vergabebekanntmachung um die Rügeobliegenheit für erkennbare Verstöße in der Leistungsbeschreibung. Die Erkennbarkeit von Verstößen setzt grundsätzlich hohe Rechtskenntnisse beim Bieter voraus, die dieser regelmäßig nicht besitzt. Faktisch wird der Bieter damit der Einholung von fachkundigen Rechtsrat oder der Gefahr eines möglichen Ausschlusses bereits im Vorfeld ausgesetzt. Tatsächlich ist es jedoch eine originäre Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, für die fehlerfreien Ausschreibung und Bekanntmachung seiner Bauvorhaben Sorge zu tragen. Mit der Erweiterung der Rügeobliegenheit wird diese Pflicht um ein weiteres Stück auf den Bieter abgewälzt. In der Folge ist zu erwarten, dass die Rechtsstreitigkeiten, die sich bereits nach der bisherigen Rechtslage zu den Rügeobliegenheiten hinsichtlich der Vergabebekanntmachung ergeben haben, für den Bereich der Leistungsbeschreibung weiter zunehmen werden. Eine Erweiterung der Rügeobliegenheit auf Leistungsbeschreibungen wird daher abgelehnt.

## **§§ 101a ff, 110 ff. GWB**

Kritisch zu sehen sind die in den §§ 110 ff. enthaltenen Einschränkungen des Rechtsschutzes, die teilweise über die Vorgaben der EU-Rechtsmittelrichtlinie hinaus gehen und sich somit nicht an der von der Bundesregierung beschlossenen Eins-zu-Eins-Umsetzung orientieren.

Hier sind u.a. die Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes in § 110, der Wegfall der aufschiebenden Wirkung in § 118 und die Verdoppelung des Gebührenrahmens für Nachprüfverfahren vor der Vergabekammer in § 128 Abs. 2 zu nennen. Diese Einschränkungen sind vor dem Hintergrund der Neuregelung der de-facto-Vergabe in § 101 b zu sehen, in dem rechtswidrige Auftragsvergaben nunmehr lediglich für eine Dauer von 30 Kalendertagen zu einer schwebenden Unwirksamkeit führen und die Unwirksamkeit der Vergabe grundsätzlich nur in diesem Zeitraum geltend gemacht werden kann. Zusätzlich wird in § 101 b Abs. 1 die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrages von einer entsprechenden Feststellung in einem Nachprüfungsverfahren abhängig gemacht. Hierdurch wird die spätere Nachprüfung bereits im Vorfeld eingeschränkt und durch die Einschränkungen im anschließenden Nachprüfungsverfahren weiter reduziert und verteuert.

Zwar ist das Interesse an Rechtssicherheit und einer planmäßigen Verwirklichung eines Bauvorhabens grundsätzlich hoch zu bewerten, doch darf dies nicht dazu führen, dass betroffene Bieter mit reduzierten und teuren Handlungsmöglichkeiten in der Geltendmachung ihres Rechtsschutzes eingeschränkt werden.